Tweede Kamer der Staten-Generaal 2

Vergaderjaar 2015–2016

34 306

Wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn (Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015)

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT[1]

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 7 september 2015 en het nader rapport d.d. 11 september 2015, aangeboden aan de Koning door de Staatssecretaris van Financiën. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 31 augustus 2015, no.2015001437, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Financiën, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Wet op de vennootschapsbelasting 1969 en de Wet op de dividendbelasting 1965 in verband met de implementatie van aanpassingen in de Moeder-dochterrichtlijn 2015 (Wet implementatie wijzigingen Moeder-dochterrichtlijn 2015), met memorie van toelichting.

Het voorstel vormt een onderdeel van het fiscale pakket voor het jaar 2016, samen met de wetsvoorstellen Belastingplan 2016, Overige fiscale maatregelen 2016, Wet tegemoetkomingen loondomein en Wet vrijstelling uitkeringen Artikel 2-Fonds.
Het voorstel strekt ertoe twee wijzigingen van de bestaande Moeder-dochterrichtlijn (MDR) te implementeren in de nationale wetgeving. Enerzijds gaat het daarbij om regelgeving die is gericht op het bestrijden van misbruik van de Moeder-dochterrichtlijn (de invoering van een algemene antimisbruikbepaling). Anderzijds gaat het om het tegengaan van mismatches, zoals bij zogenoemde hybride leningen.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel aan de Tweede Kamer te zenden, maar acht op onderdelen een dragende motivering of aanpassing van het voorstel aangewezen. Zo is de reikwijdte van de antimisbruikbepaling niet toereikend toegelicht. De formulering van die bepaling in het voorstel verschilt daarnaast van de

[1] De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

kst-34306-4
ISSN 0921 - 7371
’s-Gravenhage 2015

formulering in de richtlijn, terwijl een toelichting op de reden voor die verschillen ontbreekt.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 31 augustus 2015, nr. 2015001437, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 7 september 2015, nr. W06.15.0279/III, bied ik U hierbij aan.
Het kabinet is de Afdeling erkentelijk voor de voortvarendheid waarmee het advies over het bovenvermelde voorstel is uitgebracht.

Naar aanleiding van het advies merk ik het volgende op.

1. Inleiding

Op grond van de Moeder-dochterrichtlijn (MDR)[2] *dienen de lidstaten van de EU de winst die een dochteronderneming uitkeert aan haar moedermaatschappij vrij te stellen van (het inhouden van) bronbelasting en dienen de lidstaten op grond van de MDR heffing van dubbele belasting te voorkomen op het niveau van de moedermaatschappij (ook wel de voordelen van de MDR genoemd).*

Het voorstel strekt ertoe twee wijzigingen van de MDR te implementeren in de nationale wetgeving.
De eerste wijziging van de MDR (opgenomen in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU)[3] *beoogt misbruik van (de voordelen van) de MDR te bestrijden door het introduceren van een algemene antimisbruikbepaling.*[4] *Deze introductie heeft tevens het oogmerk om te voorzien in een consistentere toepassing in de verschillende lidstaten van bepalingen ter bestrijding van misbruik.*[5]
De tweede wijziging van de MDR (opgenomen in Wijzigingsrichtlijn 2014/86/EU)[6] *beoogt mismatches tegen te gaan die zich voordoen indien de vergoeding voor een geldverstrekking in verschillende lidstaten verschillend wordt gekwalificeerd (zoals bij een mismatch bij hybride leningen).*[7] *Bij een mismatch kwalificeert bijvoorbeeld de ene lidstaat de vergoeding zodanig dat deze aftrekbaar is, terwijl de andere lidstaat de vergoeding zodanig kwalificeert dat deze niet wordt belast. De wijziging voorkomt dat bepaalde geldverstrekkingen in grensoverschrijdende verhoudingen gunstiger worden behandeld dan in nationale verhoudingen.*

Bij de implementatie van beide Wijzigingsrichtlijnen is er voor gekozen de reikwijdte van de nationale bepalingen inzake antimisbruik en mismatches niet te beperken tot de EU/EER, maar deze ook van toepassing te laten zijn in relatie tot jurisdicties daarbuiten.[8]

---

[2] Richtlijn 2011/96/EU van de Raad van 30 november 2011 betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor groepsmaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2011, L 345).
[3] Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21).
[4] Artikel 1 van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.
[5] Overweging 5 van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.
[6] Richtlijn 2014/86/EU van de Raad van 8 juli 2014 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2014, L 219).
[7] Artikel 1 van Wijzigingsrichtlijn 2014/86/EU.
[8] Memorie van toelichting, paragraaf 3 onder *Implementatie in buitenlandse AB-regeling*, eerste alinea, respectievelijk paragraaf 2, laatste alinea.

2. Algemene antimisbruikbepaling

a. Inleiding

De algemene antimisbruikbepaling in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU kent de voordelen van de MDR niet toe in geval sprake is van «een constructie of een reeks van constructies die is opgezet met als hoofddoel of een van de hoofddoelen een belastingvoordeel te verkrijgen dat het doel of de toepassing van deze richtlijn ondermijnt, en die, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, kunstmatig is, waarbij een constructie uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan, en waarbij een constructie of een reeks van constructies als kunstmatig wordt beschouwd voor zover zij niet is opgezet op grond van geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen».[9]

Ter implementatie van deze algemene antimisbruikbepaling worden de buitenlandse-aanmerkelijkbelangregeling in de vennootschapsbelasting en de regeling voor coöperaties in de dividendbelasting aangescherpt en daarbij qua terminologie meer in overeenstemming gebracht met de formulering in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.[10]

De Afdeling maakt de volgende opmerkingen bij (de implementatie van) de algemene antimisbruikbepaling.

b. Wijze van implementatie

Het voorstel hanteert vergelijkbare algemene bewoordingen als Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU maar zij lopen (deels) niet gelijk op met de bewoordingen van deze Wijzigingsrichtlijn.

Dat bij het beoordelen van een opgezette constructie of reeks van constructies «alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking dienen worden genomen» is evident en hoeft om die reden niet in de tekst van het voorstel tot uitdrukking te worden gebracht. Een toelichting volstaat. Dat is echter anders met betrekking de andere bewoordingen.

In lijn met Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU gebruikt het voorstel weliswaar het woord «constructie», maar – anders dan in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU – ontbreekt in het voorstel het element «of een reeks van constructies». Daarnaast is in het voorstel sprake van «ontgaan» (van de heffing van inkomstenbelasting of dividendbelasting), waar Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU het begrip «ondermijnen» (van doel of toepassing van de MDR) hanteert. Tot slot ontbreekt in het voorstel het element uit Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU dat een constructie «uit verscheidene stappen of onderdelen kan bestaan».
De Afdeling merkt op dat de toelichting niet motiveert waarom het voorstel op genoemde punten afwijkt van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.

De Afdeling adviseert de terminologie van het voorstel tekstueel zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met die van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.

c. Reikwijdte

De Afdeling onderkent het belang van adequate algemene antimisbruikbepalingen. Ook heeft de Afdeling er oog voor dat de grenzen van wat als misbruik wordt beschouwd soms slechts in algemene bewoordingen

---

[9] Artikel 1 van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU.
[10] Artikelen I, onderdeel C, respectievelijk II van het voorstel.

kunnen worden omschreven en dat de feiten en omstandigheden in het individuele geval uiteindelijk beslissend zijn voor het antwoord op de vraag of er al dan niet sprake is van misbruik. Dat dit gepaard gaat met een zekere mate van rechtsonzekerheid is onvermijdelijk. Dit ontslaat de wetgever echter niet van de plicht om in de toelichting op het voorstel zo goed mogelijk aan te geven wat de reikwijdte van de maatregelen is.

De Afdeling plaatst in dit verband twee opmerkingen bij de reikwijdte van de algemene antimisbruikbepaling.

i. Kenmerkend voor de antimisbruikbepaling is het gebruik van algemene bewoordingen als «constructie of een reeks van constructies», «met als hoofddoel of een van de hoofddoelen», «doel of toepassing van de richtlijn ondermijnen», «kunstmatige opzet» en «geldige zakelijke redenen die de economische realiteit weerspiegelen».
Met betrekking tot de meeste van deze algemene (richtlijn)bewoordingen wordt niet toegelicht hoe zij moeten worden uitgelegd. Aanknopingspunten daarvoor, bijvoorbeeld in de geschiedenis van de totstandkoming van de richtlijn, vermeldt de toelichting niet. Meer in het bijzonder zij daarbij gewezen op de ruimere reikwijdte van de antimisbruikbepaling in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU – gedoeld wordt op de formulering «hoofddoel of een van de hoofddoelen» – in relatie tot het minder ver reikende algemene beginsel van Unierecht dat het niet is toegestaan om een «volstrekt kunstmatige constructie» op te zetten met de «uitsluitende bedoeling» om belastingvoordelen te behalen.[11]

De toelichting gaat daarnaast niet in op de verhouding van de antimisbruikbepaling met de al bestaande nationale mogelijkheden (fraus legis/misbruik van recht) om constructies aan te pakken die er op zijn gericht om belasting te besparen in strijd met doel en strekking van de wet, noch gaat zij in op de verhouding tot het recht van belastingplichtigen om te kiezen voor de meest voordelige weg.

De Afdeling is van oordeel dat de toelichting op de hiervoor genoemde punten niet toereikend is en adviseert de toelichting aan te vullen.

ii. Niet alleen in EU-verband (zoals in casu) maar bijvoorbeeld ook in OESO-verband is sprake van het tot stand brengen van maatregelen die erop zijn gericht misbruik (in OESO-verband: van een verdrag) tegen te gaan. Dat zou ertoe kunnen leiden dat, hoewel het oogmerk van de antimisbruikbepalingen hetzelfde is (het tegengaan van richtlijnmisbruik respectievelijk verdragsmisbruik), zij (deels) een verschillende formulering kennen. Een verschil in formulering kan leiden tot een verschil in (mogelijkheden tot) toepassing in de praktijk en tot meer rechtsonzekerheid.

Met betrekking tot de afstemming van (inhoud en formulering van) antimisbruikbepalingen in EU-verband met die in OESO-verband, is van belang hetgeen is opgemerkt in de brief van 1 juni 2015 (inzake de mogelijkheid dat de Europese Commissie met een richtlijnvoorstel komt met maatregelen tegen belastingontwijking en belastingfraude in het kader van het Actieplan ter bestrijding van belastingontwijking en belastingfraude dat voor juni 2015 is aangekondigd): «Nederland benadrukt dat eventuele richtlijnvoorstellen met maatregelen tegen belastingontwijking en belastingfraude in lijn moeten zijn met de

---

[11] HvJ EG (Grote kamer) 12 september 2006, zaak C-196/04, Cadbury Schweppes, ECLI:EU:C:2006:544.

maatregelen die in het kader van het G20/OESO-BEPS-project worden uitgewerkt».[12]

Daarnaast is van belang dat het kabinet zich heeft voorgenomen om tijdens het aanstaande voorzitterschap van Nederland van de Raad van de Europese Unie (eerste helft 2016) te bezien of aanpassing van Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU nodig is en dat daarbij rekening kan worden gehouden met de uitkomsten van het (OESO)BEPS-project op het gebied van verdragsmisbruik waarbij «onduidelijkheden over de antimisbruikmaatregel kunnen worden weggenomen, zodat er meer zekerheid is voor het bedrijfsleven».[13] *Dienaangaande wordt ook opgemerkt «De conclusies en voorbeelden van de OESO bevatten een verdergaande uitleg dan die op dit moment door de voorliggende algemene antimisbruikmaatregel wordt gegeven. Een dergelijke uitleg zou een goede aanvulling, waar mogelijk, kunnen zijn in de toepassing van de algemene antimisbruikbepaling van de Moeder-dochterrichtlijn».*[14]

De Afdeling merkt op dat de toelichting op voorliggend voorstel geen aandacht besteedt aan deze afstemming en aan de vraag of de formulering van de antimisbruikbepaling in Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU (en dus ook die welke thans is opgenomen in voorliggend voorstel) op niet al te lange termijn weer zou moeten worden gewijzigd naar aanleiding van de resultaten van deze afstemming.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan, in het licht ook van hetgeen hiervoor onder i is opgemerkt over de noodzaak van een toereikende uitleg van de voorgestelde bepalingen.

2. Algemene antimisbruikbepaling

b. Wijze van implementatie

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling zijn het voorstel van wet en de memorie van toelichting gewijzigd en meer in lijn gebracht met de bewoordingen van Richtlijn 2015/121/EU, zoals de term «constructie of reeks van constructies».[15] Het kabinet heeft ervoor gekozen om de term «ondermijnen» te vertalen in de reeds in de belastingwetgeving gehanteerde term «ontgaan» omdat het ondermijnen van het doel of de toepassing van de richtlijn in de gevallen waar de richtlijn op ziet, geschiedt door het ontgaan van dividendbelasting. Met het hanteren van de term «ontgaan» heeft het kabinet ervoor gekozen om dicht bij de bestaande praktijk te blijven.

c. Reikwijdte

Het kabinet merkt op dat de totstandkoming van de algemene antimisbruikbepaling in Richtlijn 2015/121/EU weinig aanknopingspunten biedt voor de afbakening van de reikwijdte ervan. Dat is voor het kabinet altijd een punt van aandacht geweest en zal dat ook blijven. Het instemmen met

---

[12] Kamerstukken II 2014/15, 34 000 IX, nr. 28, blz. 2, tweede tekstblok, laatste twee volzinnen. «BEPS» is de afkorting voor Base Erosion and Profit Shifting.

[13] Brief van 1 december 2014 van de Staatssecretaris van Financiën aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal, Kamerstukken II 2014/15, 25 087, nr. 80, blz. 2, derde tekstblok, derde volzin.

[14] Antwoorden op schriftelijke vragen die zijn gesteld naar aanleiding van het AO Ecofin op 3 december 2014, Kamerstukken II 2014/15, 21 501-07, nr. 1213, blz. 7, vierde tekstblok, laatste twee volzinnen.

[15] Richtlijn 2015/121/EU van de Raad van 27 januari 2015 tot wijziging van Richtlijn 2011/96/EU betreffende de gemeenschappelijke fiscale regeling voor moedermaatschappijen en dochterondernemingen uit verschillende lidstaten (PbEU 2015, L 21).

Richtlijn 2015/121/EU is, zoals verwoord tijdens het voortgezet algemeen overleg op 4 december 2014, een politiek-diplomatieke afweging geweest.[16] De uiteindelijke interpretatie van de reikwijdte van de antimisbruikmaatregel is aan het Hof van Justitie van de Europese Unie. Het is in eerste instantie aan de lidstaten zelf om een passende invulling te geven aan de reikwijdte van de bepaling. Om die reden is voor een uitleg van Richtlijn 2015/121/EU gekozen die zo veel mogelijk aansluit bij de bestaande regelgeving ten aanzien van deze reeds bestaande antimisbruikbepalingen, juist om zo min mogelijk rechtsonzekerheid te creëren. Bij het bestrijden van het ontgaan van dividendbelasting wordt nu onderscheid gemaakt tussen ondernemings- en beleggingsstructuren. In Richtlijn 2015/121/EU komt het onderscheid tussen beleggingsstructuren en ondernemingsstructuren niet voor. De voorgestelde maatregel betekent een bijstelling van de bestaande praktijk ten aanzien van ondernemingsstructuren.

In mijn brief van 1 december 2014 heb ik aangegeven dat Richtlijn 2015/121/EU door de opname van de woorden «een van de hoofddoelen» en van de bewoording «voor zover» afwijkt van het arrest Cadbury Schweppes.[17] Niettemin hebben zowel de Juridische Dienst van de Raad van de Europese Unie als de Europese Commissie geconcludeerd dat de antimisbruikmaatregel van de richtlijn in overeenstemming is met het (primaire) EU-recht. Het kabinet heeft ervoor gekozen om de bewoordingen van de richtlijn over te nemen in het voorstel van wet. De terminologie van hoofddoel of een van de hoofddoelen vervangt de huidige terminologie van voornaamste doel of een van de voornaamste doelen maar daarmee is geen wijziging van de bestaande praktijk beoogd. Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de memorie van toelichting op dit punt aangepast.

De Afdeling stelt terecht de vraag van afstemming met het Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)-project van de OESO aan de orde. De richtlijnen dienen voor 1 januari 2016 geïmplementeerd te zijn en de OESO zal eerst op 8 oktober 2015 het eindrapport in het kader van het BEPS-project aanbieden aan de Ministers van Financiën van de G20. Gelet op de duur van een wetgevingstraject, kan het kabinet niet wachten met het implementatietraject. Ook kan het kabinet niet vooruitlopen op de voorstellen van de OESO. Het kabinet ziet het belang van afstemming en heeft daarom eerder in het AO Ecofin van 3 december 2014 aangegeven de ontwikkelingen nauwkeurig te volgen en te pogen tijdens het voorzitterschap van Nederland van de Raad van de Europese Unie invulling te geven aan deze afstemming.[18] Het kabinet zal dan opnieuw bekijken hoe de aanbevelingen van de OESO zich verhouden tot de antimisbruikmaatregel in Richtlijn 2015/121/EU en dit binnen de Europese Unie aan de orde stellen. Wel merkt het kabinet op dat bij de totstandkoming van Richtlijn 2015/121/EU de laatste ontwikkelingen binnen de OESO op dat moment in ogenschouw zijn genomen. Het kabinet merkt op dat aanbevelingen van de OESO zien op bilaterale belastingverdragen en dus niet noodzakelijkerwijs leiden tot aanpassing van nationale regelgeving. Het kabinet verwacht voor de toekomst dan ook geen onoverbrugbare verschillen.

3. Mismatch bij hybride leningen

De Afdeling merkt op dat hetgeen hiervoor onder 2c, ii is opgemerkt over de relatie tussen de nu vaststaande EU-antimisbruikbepaling (Wijzigingsrichtlijn 2015/121/EU) en de ontwikkelingen in OESO-verband inzake

---

[16] Handelingen II 2014/15, nr. 33, item 9, blz. 3.
[17] Kamerstukken II 2014/15, 25 807, nr. 80, blz. 6.
[18] Kamerstukken II 2014/15, 25 807, nr. 80, blz. 7.

antimisbruik, zich mutatis mutandis ook voordoet met betrekking tot de nu vaststaande EU-maatregel om mismatches tegen te gaan (Wijzigingsrichtlijn 2014/86/EU) en de ontwikkelingen dienaangaande in OESO-verband.

3. Mismatch bij hybride leningen

Naar aanleiding van het advies van de Afdeling is de memorie van toelichting op dit punt aangevuld.

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vicepresident van de Raad van State,
J.P.H. Donner

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Staatssecretaris van Financiën,
E.D. Wiebes